

# **BVGer B-260/2009 vom 11. November 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-11-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-260\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-260_2009)

FR: TAF B-260/2009 du 11 novembre 2009

IT: TAF B-260/2009 del 11 novembre 2009

## **Regeste**

Glücksspiele und Spielbanken

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gestützt auf Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

#### **E. 1.1**

Der Entscheid der ESBK vom 28. November 2008 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Bei der ESBK handelt es sich um eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG. Ein Ausschlussgrund nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **E. 1.2**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin hat vor der ESBK am Verfahren teilgenommen. Sie ist als Entscheidadressatin von der angefochtenen Verfügung besonders betroffen und hat ein schützenswertes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

#### **E. 1.3**

Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht, und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 2**

Die Vorinstanz hat den Automaten "Bubble" mit Verfügung vom 28. November 2008 als Geldspielautomaten qualifiziert und der Beschwerdeführerin dafür in Ziff. 3 der Verfügung die Kosten von Fr. 14'000.-- auferlegt. Streitgegenstand der vorliegenden Beschwerde sind einzig die Kosten in Ziff. 3 der Verfügung.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Da die Vorinstanz die Kosten lediglich mit dem Hinweis auf Art. 112 VSBG begründe, komme die ESBK ihrer gesetzlichen Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht nach. Die ESBK gebe weder an, wie hoch der Zeitaufwand für das Verwaltungsverfahren gewesen sei, noch sei aus der pauschalen Kostenerhebung ersichtlich, zu welchem Stundensatz die einzelnen Aufwendungen abgerechnet würden. Die ESBK habe es weiter unterlassen, auf das in Art. 113 Abs. 2 VSBG erwähnte Reglement hinzuweisen, bzw. näher darzulegen, aus welchen Bestimmungen des Reglements sie die Verfahrenskosten ableitet. Sie könne daher die Verfahrenskosten bzw. deren Zusammensetzung in keiner Weise nachvollziehen.

### **E. 3.1**

Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) niedergelegt. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen (BGE 126 I 97 E. 2b, BGE 112 Ia 107 E. 2b). Für das Verfahren in Verwaltungssachen vor Bundesverwaltungsbehörden wird dies in Art. 35 Abs. 1 VwVG explizit festgehalten. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2b). Dabei ist die Behörde indes nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Partei zu äussern. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 130 II 530 E. 4.3, BGE 129 I 232 E. 3.2.). Auch die Festsetzung und Verlegung der Verfahrenskosten muss begründet werden, wobei an den Umfang der Begründung geringe Anforderungen zu stellen sind (vgl. MICHAEL BEUSCH, in: Christoph Auer / Markus Müller / Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 63, Rz. 9). So genügt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Begründung der Kostenverlegung bereits ein Verweis auf die bisherige Rechtsprechung der rechtsanwendenden Instanz (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.362/2005 vom 27. Oktober 2005, E. 3.3). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist somit gewahrt, wenn die Partei durch einen Verweis in der Begründung in die Lage versetzt wird, die wesentlichen Gesichtspunkte zur Festsetzung und Verlegung der Kosten nachzuvollziehen. Dies gilt umso mehr, wenn die Rechtsvertretung einer Partei aus früheren Verfahren Kenntnis von den wesentlichen Kriterien der Kostenverlegung hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.362/2005 vom 27. Oktober 2005, E. 3.3).

### **E. 3.2**

Der angefochtene Entscheid führt zur Festsetzung und Verlegung der Kosten unter Ziff. 12 aus, dass Art. 112 VSBG die Gebührenpflicht bei Beanspruchung von Dienstleistungen der Kommission oder Veranlassung einer Verfügung im Zusammenhang mit dem Vollzug der Spielbankengesetzgebung vorsehe. Der Beschwerdeführerin seien deshalb die Kosten für die Veranlassung der vorliegenden Verfügung in der Höhe von Fr 14'000.-- aufzuerlegen.

Die Vorinstanz verweist somit zur Begründung der Festsetzung und Verlegung der Kosten explizit auf Art. 112 VSBG. Dieser Verordnung sind denn auch die wesentlichen Punkte zur Festlegung der Kosten zu entnehmen. So wird in Art. 113 Abs. 1 VSBG festgehalten, dass die Gebühren nach Zeitaufwand und der erforderlichen Sachkenntnis bemessen werden. Nach Art. 113 Abs. 1 VSBG liegt die Höhe der Gebühr zwischen Fr. 100.-- und Fr. 350.-- pro Stunde, in Abhängigkeit der Funktionsstufe des ausführenden Personals und der Tatsache, ob ein Geschäft von der Kommission oder ihrem Sekretariat behandelt wird. Der Verweis auf die VSBG in der Begründung der Kosten ermöglicht es der Beschwerdeführerin somit, die wesentlichen Gesichtspunkte für die Bemessung und die Auferlegung der Kosten nachzuvollziehen. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin als am Verfahren beteiligte Partei über alle wesentlichen Prozesshandlungen der Vorinstanz informiert wurde und den dieser erwachsenden Aufwand somit ohne weiteres abzuschätzen vermochte (vgl. hierzu auch E. 4.2). Dieser Verweis ist mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Begründung der Kostenverlegung ausreichend. Insbesondere verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht, dass die Vorinstanz detaillierte Angaben über den Zeitaufwand, den verrechneten Stundensatz und die einschlägigen Bestimmungen des in Art. 113 Abs. 2 VSBG erwähnten Reglements macht. Die Vorinstanz kann sich vielmehr auf die wesentlichen Gesichtspunkte zur Begründung der Kosten beschränken. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen Kenntnis von den wesentlichen Kriterien zur Festsetzung und Verlegung der Kosten in anderen Verfahren vor der ESBK hat. Die angefochtene Ziff. 3 der Verfügung der ESBK erweist sich somit als ausreichend begründet, und es ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin festzustellen.

#### **E. 4**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe durch das Festlegen der Verfahrenskosten auf Fr. 14'000.-- das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Der Aufwand der Vorinstanz beschränke sich auf wenige Schreiben, eine 14-seitige Geräteanalyse sowie die Verfügung selbst. Die Verfahrenskosten seien daher - insbesondere im Vergleich zu den Kosten der Homologationsverfahren der Automaten "Eleven up" und "Super Seven" - augenfällig zu hoch. Damit verletze die Vorinstanz auch das in Art. 53 Abs. 3 SBG verankerte Kostendeckungsprinzip.

#### **E. 4.1**

Die vorliegend zu beurteilenden Kosten sind rechtlich als Gebühren zu qualifizieren und stellen das Entgelt für eine bestimmte, von der abgabepflichtigen Person veranlassten Amtshandlung dar. Hat der Gesetzgeber die Höhe der Gebühren nicht festgelegt, so bestimmen sie sich nach dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2006, Rz. 2623 ff.). Nach dem Kostendeckungsprinzip darf der Gesamtertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht übersteigen (BGE 132 II 47 E. 4.1, BGE 131 II 735 E. 3.2, BGE 126 I 180 E. 3a/aa). Das Äquivalenzprinzip verlangt, dass die Gebühr im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung steht und sich in vernünftigen Grenzen hält (BGE 132 II 375 E. 2.1, BGE 128 I 46 E. 4a). Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und

Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (BGE 130 III 225 E. 2.3, BGE 128 I 46 E. 4a, BGE 126 I 180 E. 3a/bb). Das Äquivalenzprinzip konkretisiert dementsprechend das Verhältnismässigkeitsprinzip, das nach Art. 5 Abs. 2 BV für jedes staatliche Handeln gilt.

#### **E. 4.2**

Die Leistung der ESBK umfasst im vorliegenden Verfahren ein Schreiben vom 6. Januar 2006 an die Beschwerdeführerin, mit dem auf die Nichterteilung einer Bestätigung für das bewilligungsfreie Aufstellen des Automaten "Bubble" und die Möglichkeit der Qualifikation des Automaten durch die ESBK hingewiesen wird, ein Schreiben vom 2. August 2006 von der Abteilung Untersuchungen mit der Aufforderung, den Automaten "Bubble" vorzuführen, eine umfassende Dokumentation einzureichen und einen Automaten für die Dauer der Prüfung zur Verfügung zu stellen sowie eine Fristerstreckung vom 18. August 2006 von der Abteilung Untersuchungen der ESBK. Weiter erging am 21. September 2006 eine vom Präsidenten der ESBK unterzeichnete Zwischenverfügung mit Erwägungen zur Zuständigkeit der Vorinstanz, eine Bestätigung vom Sekretariat der ESBK vom 28. Februar 2008 über den Stand des Verfahrens und eine von zwei Personen erstellte technische Geräteanalyse vom 18. Juli 2008. Zu den Leistungen der Vorinstanz zählt weiter der Verfügungsentwurf vom 25. August 2008 zur Qualifikation des Automaten als Glücksspielautomaten, die Bekanntmachung vom 16. September 2008 im Bundesblatt und schliesslich die vom Präsidenten der ESBK unterzeichnete Verfügung zur Qualifikation des Automaten "Bubble" vom 28. November 2008. Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung aus, dass sich die Gebühren für diese Leistungen wie folgt zusammensetzen: Fr. 2'762.50 für die Arbeit der Kommissionsmitglieder (8.50 Stunden zu einem Stundensatz von Fr. 325.--), Fr. 6'125.-- für die Arbeit von Juristen (24.50 Stunden zu einem Stundensatz von Fr. 250.--) und Fr. 5'187.50 für die Arbeit der Ingenieure (20.75 Stunden zu einem Stundensatz von Fr. 250.--). Der entstandene Kanzleiaufwand wurde bei der Festsetzung der Verfahrenskosten nicht berücksichtigt und das Total der Gebühren von 14'075.-- auf Hundert abgerundet.

#### **E. 4.3**

Die von der Vorinstanz angegebene Höhe der Gebühren, die Zeitaufwendungen und Stundenansätze sind nachvollziehbar und erscheinen mit Blick auf die obgenannten Leistungen als angemessen. Die für die Leistung der Kommissionsmitglieder verrechneten 8.5 Stunden entsprechen einem Arbeitstag. Dies erscheint mit Blick auf den Aufwand für die Zwischenverfügung vom 21. September 2006, den Verfügungsentwurf vom 25. August 2008 und die Verfügung vom 28. November 2008 nicht als übermässig. Ebenso sind die 24.50 Stunden für die Arbeit der Juristen angemessen. Zu ihren Leistungen zählen das Schreiben vom 6. Januar 2006, das Schreiben vom 2. August 2006, die Fristerstreckung vom 18. August 2006, das Schreiben vom 28. Februar 2008 und die Vorbereitung der Verfügungen der Kommission. Auch der Aufwand der Ingenieure von 20.75 Stunden für die technische Geräteanalyse, die vierzehn Seiten umfasst, ist als verhältnismässig zu beurteilen. Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Leistung der Vorinstanz und der Höhe der Gebühr von Fr. 14'000.-- ist nicht festzustellen. Eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips liegt daher nicht vor.

#### **E. 4.4**

An dieser Beurteilung vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu den einzelnen Punkten der Gebühren nichts zu ändern. Sie macht geltend, dass die 8.5 Stunden der Kommissionsmitglieder aufgrund Art. 4 und Art. 9 des Geschäftsreglementes der ESBK (SR 935.524) nicht erforderlich und völlig unverhältnismässig seien. Auch die für die Arbeit der Juristen angegebenen 24.50 Stunden seien unverhältnismässig hoch, müssten diese doch zur Hauptsache juristische Bausätze verwenden und die Subsumtion vornehmen. Der für die Ingenieure beanspruchte Zeitaufwand für die Prüfung des Automaten von 20.75 Stunden sei ebenfalls nicht einzusehen, hatten sie doch lediglich den Spielablauf festzustellen. Dazu gilt es festzuhalten, dass das Äquivalenzprinzip auch dann als gewahrt gilt, wenn die Gebühren nicht in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen (BGE 126 I 180 E. 3a/bb). Bei der Bemessung der Gebühren dürfen vielmehr schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden. Diesen Anforderungen wird die Zusammenstellung der Gebühren der Vorinstanz gerecht.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführerin weist zudem darauf hin, dass die Kosten des vorliegenden Verfahrens im Vergleich zu den Verfahren der Automaten "Super Seven" und "Eleven up" augenfällig zu hoch seien. Diese Verfahren können jedoch aus mehreren Gründen nicht zum Vergleich herangezogen werden. Wie auch die Beschwerdeführerin anerkennt, handelt es sich bei den besagten Verfahren um Zulassungsverfahren von Geschicklichkeitsautomaten, die sich bereits in technischer Hinsicht vom Automaten im vorliegenden Verfahren unterscheiden. Zudem wurden der ESBK in den Verfahren betreffend die Qualifikation der Automaten "Super Seven" und "Eleven up" bereits mit Einreichung der Gesuche die Automaten und entsprechende Dokumentationen zur Verfügung gestellt. Dies war vorliegend nicht der Fall. Die Prüfung des Automaten "Bubble" erfolgte von Amtes wegen, ohne dass der ESBK bereits zu Beginn des Verfahrens eine Dokumentation oder ein Automat zur Verfügungen standen. Schliesslich bewegen sich auch die Kosten der Verfahren nicht in vergleichbarer Höhe. Die Verfahrenskosten bei der Qualifizierung des Automaten "Super Seven" beliefen sich auf Fr. 27'459.65 (vgl. dazu BBl 2006 1594) und beim Automaten "Eleven up" - wie die Beschwerdeführerin selber einräumt - auf rund Fr. 22'000.--. Weder die Verfahren noch die Gebühren für die Qualifikation der drei Automaten sind dementsprechend vergleichbar. Es erübrigt sich somit, die Akten der Verfahren "Super Seven" und "Eleven up" beizuziehen. Der entsprechende Antrag zum Beizug der Akten im Verfahren ESBK 731-007, 711-042 betreffend "Eleven up" sowie 711-063 betreffend "Super Seven" ist daher abzulehnen.

#### **E. 4.6**

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass die Vorinstanz ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Zwischenverfügung abgegolten haben will und daher die Gebühren so hoch angesetzt habe. Weder das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesgericht habe der Vorinstanz eine Entschädigung zugesprochen. Diese Vermutung entbehrt jeglicher Grundlage. Nicht nur sind entsprechende Aufwendungen nicht der Zusammenstellung der Vorinstanz zu entnehmen, sondern die Beschwerdeführerin verkennt auch, dass nach Art. 7 Abs. 3 VGKE Bundesbehörden und in der Regel andere Behörden, die als Parteien auftreten, keinen Anspruch auf Parteientschädigung im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht haben. Ebenso werden nach Art. 68 Abs. 3 BGG dem Bund, den

Kantonen und den Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigungen vor Bundesgericht zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen.

#### **E. 4.7**

Aus dem von der Beschwerdeführerin ebenfalls vorgebrachten Kostendeckungsprinzip lässt sich nichts für die Bemessung der Gebühren im vorliegenden Einzelfall ableiten. Das in Art. 53 Abs. 3 SBG verankerte Kostendeckungsprinzip verlangt lediglich, dass die gesamten Einnahmen der ESBK ihre gesamten Kosten nicht übersteigen dürfen. Aus dem Geschäftsbericht der ESBK von 2008 ergibt sich, dass die gesamten Einnahmen der ESBK 4,602 Mio. Franken und die gesamten Ausgaben 8,131 Mio. Franken betragen. Daraus folgt, dass die Summe aller Gebühren, welche die Kommission erhebt, in keiner Weise ihren Gesamtaufwand deckt. Von einer Verletzung des Kostendeckungsprinzips kann daher vorliegend nicht gesprochen werden.

#### **E. 4.8**

Aus den dargelegten Gründen erweisen sich die vorgebrachten Einwände der Beschwerdeführerin als nicht stichhaltig.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin beantragt im Eventualantrag, die Sache sei zur Neufestsetzung der Verfahrenskosten an die Vorinstanz zurückzuweisen. Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Da die Beschwerde abzuweisen ist und der angefochtene Entscheid bestätigt wird, besteht kein Anlass, die Angelegenheit verbunden mit verbindlichen Weisungen an die ESBK zurückzuweisen. Damit ist der Eventualantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen.

#### **E. 6**

Bei diesem Verfahrensausgang sind der Beschwerdeführerin in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Sie werden im vorliegenden Fall in Anwendung von Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 4 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'500.-- festgelegt und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- verrechnet. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde vollumfänglich unterliegt, hat sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.